

N. 07591/2010 REG.SEN.
N. 02807/2007 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA NON DEFINITIVA

sul ricorso numero di registro generale 2807 del 2007, proposto da:

Impresa Costruzioni Edili Bianchi P.I.E. Umberto Srl e da Tecnoimpianti F.Lli Capra di Capra Fulvio & C. Snc, rappresentate e difese dagli Avv.ti Micaela Chiesa, Vincenzo Latorraca e Mario Lavatelli, con domicilio eletto presso il primo, in Milano, Corso di Porta Vittoria, n. 47

contro

Comune di Ossuccio, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Bruno Bianchi e Luigi Sirtori, con domicilio eletto presso il secondo, in Milano, via Settembrini, n. 35

nei confronti di

Libutti Pasqualina e Sala Tullio, non costituiti in giudizio

per

il risarcimento del danno derivante dall'omessa aggiudicazione dell'appalto nonostante l'annullamento della precedente aggiudicazione di cui alla sentenza n. 2912 del TAR Lombardia Sez. I, depositata il 12.12.06.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Ossuccio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Udito il Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 novembre 2010 e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto l'art. 36, comma 2, cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente partecipava alla gara ufficiosa a trattativa privata indetta dal Comune di Ossuccio per l'affidamento dei lavori di "recupero dell'edificio specialistico dell'Antico Hospitalis dell'Antiquarium" (importo a base d'asta di € 372.657,17) impugnando, all'esito delle operazioni concorsuali, l'aggiudicazione determinata in favore della Ditta Petazzi Costruzioni S.r.l. deducendo il mancato possesso, da parte di quest'ultima, delle prescritte qualificazioni SOA.

Il bando, in tema di requisiti di qualificazione, richiedeva le qualifiche OG2 class. II (categoria prevalente) e OG11 class. II per le opere scorporabili da subappaltare obbligatoriamente nell'ipotesi in cui l'impresa concorrente ne fosse sprovvista, fatta salva la possibilità di concorrere in associazione temporanea.

L'impresa Costruzioni Edili Bianchi, in possesso della prevista qualificazione per la categoria prevalente OG2, concorreva all'appalto in associazione temporanea di impresa di tipo verticale con Tecnoimpianti, in possesso di qualificazione OG11 per classifica adeguata all'importo delle opere scorporabili.

Petazzi Costruzioni, risultata aggiudicataria era in possesso della prevista qualificazione OG2 per classifica adeguata all'importo di gara e aveva dichiarato, nel contempo, di voler subappaltare i lavori relativi alla categoria scorporabile

OG11.

Il Tribunale, valutata la ricorrenza dei presupposti di applicabilità del divieto di affidamento in subappalto previsto dall'art. 13, comma 7 della L. n. 109 del 1994 per lavorazioni di valore superiore al 15% e accertato il difetto in capo all'aggiudicataria della qualifica OG11, con sentenza n. 2912 del 12 dicembre 2006, annullava l'aggiudicazione respingendo, tuttavia, l'istanza risarcitoria ritenendo "incerto l'esito della procedura in seguito alla riedizione delle determinazioni che l'amministrazione adotterà uniformandosi ai principi di diritto statuiti".

Con lettera raccomandata datata 19.2.07, la ricorrente, prima classificata fra le concorrenti in possesso delle necessarie qualifiche, ritenendo di avere diritto all'aggiudicazione della gara e preso atto dell'inerzia dell'Amministrazione, presentava una prima "richiesta di risarcimento del danno" nella misura del 10% dell'importo a base d'asta corrispondente al "presumibile utile che l'impresa appaltatrice avrebbe conseguito" e, con successivo atto di diffida e messa in mora notificato il 10.9.07, intimava al Sindaco *pro tempore* del Comune di Ossuccio di adottare "tutti gli atti ed i provvedimenti per dare esecuzione alla sentenza n. 2912/2006 del TAR Lombardia - Milano, Sez. I".

In esito alla suindicata diffida, il Comune, con nota del 17.9.07, rappresentava che, con delibera n. 73 del 27.6.07, era stata bandita una nuova gara per l'affidamento dei medesimi lavori oggetto della procedura annullata.

Con il presente ricorso, le ricorrenti, chiedono il risarcimento del danno derivante dall'omessa aggiudicazione dell'appalto, sostenendo che, a seguito dell'intervenuto annullamento dell'aggiudicazione, incombesse sulla Stazione appaltante un obbligo di riedizione delle operazioni di gara in senso conforme al principio affermato; obbligo in adempimento del quale la Stazione appaltante avrebbe dovuto procedere all'esclusione di tutte le imprese prive delle necessarie qualificazioni e ad

aggiudicare i lavori alle ricorrenti in quanto prime classificate fra le partecipanti qualificabili.

Per ciò che concerne la quantificazione del danno, chiedevano la somma di € 318,43, a titolo di danno emergente, corrispondente ai costi di partecipazione alla gara; a titolo di lucro cessante, il mancato guadagno nella misura forfetaria del 10% del valore posto a base d'asta (€ 37.865,72) e, infine, a titolo di danno da perdita di *chance*, il ristoro del danno cosiddetto curricolare, nella misura del 5% della base d'asta (€ 18.932,86).

L'Amministrazione resiste con memoria alle tesi avversarie, contestando che la sentenza in questione comporti l'obbligo di rinnovare le operazioni nel senso invocato.

All'esito della pubblica udienza dell'11 novembre 2010, la causa è stata trattenuta in decisione.

Il ricorso è fondato.

E' pacifico in giurisprudenza che "in virtù del generale principio della conservazione degli atti giuridici, nonché di quello ugualmente operante di economicità dell'azione amministrativa e del divieto di aggravio del procedimento, la concreta portata dell'annullamento degli atti amministrativi vada limitata esclusivamente a quelli effettivamente incisi dall'accertata illegittimità; pertanto, la rinnovazione del procedimento deve limitarsi solo alle fasi viziate, e, naturalmente, a quelle successive, conservando ai precedenti atti legittimi dello stesso procedimento piena efficacia e validità. In altri termini, non è necessaria la completa rinnovazione di tutto l'iter procedimentale, dovendo mantenersi l'efficacia degli atti anteriori in ordine ai quali non sussistano altre ed ulteriori ragioni demolitorie". (TAR Lazio, Sez. I, 8 maggio 2008, n. 3737)

Nel caso di specie, trattandosi di procedura da aggiudicarsi al prezzo più basso non

implicante ulteriori valutazioni discrezionali afferenti profili qualitativi dell'offerta, una corretta applicazione del giudicato intervenuto avrebbe richiesto una riedizione delle fasi di verifica dei requisiti di partecipazione con esclusione delle imprese non qualificate e conseguente aggiudicazione della gara alla prima classificata in graduatoria.

La ricorrente ancora la propria pretesa all'aggiudicazione al fatto che nessuna delle imprese meglio graduate possedeva la prescritta certificazione OG11 (allegazione non contrastata dalla resistente) e comprova la circostanza, allegando copia delle certificazioni SOA delle concorrenti interessate.

A tal proposito, osserva il Collegio che il collocamento della ricorrente al primo posto della graduatoria non comporta di per sé alcun automatismo quanto alla successiva aggiudicazione, residuando in capo al seggio di gara la possibilità di ulteriori valutazioni di natura discrezionale circa la effettiva validità e rispondenza all'interesse pubblico dell'offerta.

Non può, tuttavia, omettersi di rilevare come l'Amministrazione, nel caso di specie, si sia limitata ad affermare l'illustrato principio in via generale senza allegazioni ulteriori. Ne deriva che la mancata riedizione delle operazioni di gara in senso conforme al giudicato formatosi integra una lesione del diritto della ricorrente a vedersi aggiudicata la gara nel concorso dei prescritti presupposti.

X Altrettanto certo è che il pregiudizio patito si pone in rapporto di diretta consequenzialità con il già accertato illegittimo svolgimento delle operazioni compiute dalla Commissione di gara e con il successivo mancato recepimento della motivazione della sentenza di annullamento delle stesse.

Quanto alla colpa non è discussione il principio in base al quale l'accertata illegittimità del provvedimento non comporta, per ciò solo, la sussistenza di un danno risarcibile (Cons. Stato, Sez. VI, 14 settembre 2009, n. 5323), ma è

altrettanto vero che il particolare modo di atteggiarsi dell'elemento psicologico, qualora il soggetto agente sia una pubblica amministrazione, non richiede al privato danneggiato l'assolvimento di particolari oneri probatori, consentendo il ricorso a regole di comune esperienza e presunzioni semplici ex art. 2727 c.c.. (Cons. Stato, Sez. VI, n. sentenza 9 marzo 2007, n. 1114). E' stato, altresì, chiarito che "Il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile.

Spetterà a quel punto all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata". (Cons Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751).

Nel caso all'esame, preso atto del silenzio dell'Amministrazione sul punto, detto onere non può considerarsi assolto.

Affermata la fondatezza della pretesa risarcitoria, residua la sola questione relativa alla quantificazione del danno che in questa sede non è possibile definire relativamente a tutte le poste di danno specificate con conseguente necessità di procedere ad integrazione istruttoria per l'acquisizione degli elementi necessari alla decisione.

Circa il lucro cessante, infatti, si ritiene di non poter aderire al criterio di quantificazione dalle ricorrenti individuato forfetariamente nel 10% della base d'asta, in quanto il ristoro economico deve corrispondere al danno effettivamente patito che, nel caso di specie, non può che essere individuato nella mancata percezione dell'utile di impresa dichiarato in sede di gara e non conosciuto in

questa sede.

Deve precisarsi ulteriormente che, come rilevato in giurisprudenza, “il danno derivante ad una impresa dal mancato affidamento di un appalto è quantificabile nella misura dell'utile non conseguito, solo se e in quanto l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi, mentre quando tale dimostrazione non sia stata offerta (come nel caso di specie) è da ritenere che l'impresa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri, analoghi servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità, con conseguente riduzione in via equitativa del danno risarcibile, (Cons. Stato, V, 24 ottobre 2002, n. 5860; Cons. Stato, Sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6607).

La posizione, di recente confermata, ed alla quale si ritiene di aderire, muove dalla premessa che l'imprenditore, “in quanto soggetto che esercita professionalmente una attività economica organizzata finalizzata alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative dalla cui esecuzione trae utili” (Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751).

Ne deriva, pertanto, la non necessaria coincidenza fra utile dichiarato e danno effettivamente patito che potrà essere quantificato, ancorché in via equitativa, sulla base di puntuali allegazioni di parte ricorrente.

Per quanto precede il ricorso deve essere accolto quanto alla fondatezza dell'introdotta domanda, con espressa riserva di quantificazione dell'importo da liquidarsi all'esito di incombenti istruttori da disporsi con separata ordinanza e del carico delle spese di giudizio.

P.Q.M.

non definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo

accoglie nei termini di cui in motivazione.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Elena Quadri, Primo Referendario

Marco Poppi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/12/2010

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)